La garde de l'enfant

Lorsqu'après avoir mis tout en œuvre pour établir l'entente entre les époux, on n'y parvient toujours pas, ils sont séparés, soit par une répudiation (*Talaq*) soit par une dissolution des liens du mariage (*Faskh*). Si un enfant est né de cette union, se pose alors la question de la garde. Il est malheureux de constater que lors de la période « trouble » que représente bien souvent la séparation, les valeurs de l'islam sont trop souvent oubliées, au profit de lois satisfaisant aux passions de l'un ou de l'autre des époux. On peut s'étonner, une fois encore – et cet étonnement est sans fin, louange à Allah – de la « modernité » de l'islam et des principes clairs et limpides qu'il établit en matière de garde. Pour en exposer les principales règles, nous suivrons, de nouveau, le cheminement du commentaire de *Bulûgh Al-Marâm*, en ne retenant que l'essentiel, par souci de concision.

Le terme *Al-Hadânah* est dérivé de *Al-Hidn* qui désigne le giron (ou le flanc), car l'éducateur garde l'enfant dans son giron (à ses côtés). Dans la terminologie religieuse, il désigne le fait de protéger l'enfant, le simple d'esprit ou le fou de ce qui lui est nuisible, de l'élever, et d'agir dans son intérêt. Allah dit : « ***Son Seigneur l'agréa alors d'un bon agrément, la fit grandir de la plus belle manière, et Il en confia la garde à Zakariyyâ*** » [Sourate *Âl* ᶜ*Imrân*, v.37] c'est-à-dire qu'Allah en a fait un responsable, s'attachant à son intérêt, elle était donc sous sa garde et sa protection. Le Prophète (*salallahu 'alayhi wasalam*) dit à la mère : « *Tu es plus en droit de le garder tant que tu ne te remaries pas.* » [Shaykh Al-'Uthaymin dit : La garde, lorsqu'elle est disputée est un droit de l'enfant, mais lorsqu'il y a abandon, c'est une obligation collective (*Fard Kifâyah*) qui repose sur les proches parents qui doivent prendre en charge l'enfant, le simple d'esprit ou le fou, et si l'un d'eux s'en charge, l'obligation cesse pour les autres.] (NdT : C'est là un principe absolu, établi il y a plus de quinze siècles, et dont on distingue à peine les contours aujourd'hui en Occident : l'enfant est au centre de la question de la garde, et c'est son intérêt qui prime. L'enfant n'appartient à aucun des parents, il n'est pas l'objet d'un chantage, d'une vengeance, il est un être à part entière, quel que soit son âge, et l'islam protège ses intérêts. Celui qui agit contrairement à cela commet une injustice dont il aura à répondre devant Allah, et l'injustice sera ténèbres au Jour de la Résurrection.)

Shaykh Al-Islâm Ibn Taymiyyah a dit : « Il faut savoir que le Législateur n'a pas fait mention d'un Texte général dans la priorité et le choix de l'un des deux parents. Les savants sont unanimes pour dire qu'on ne donne pas priorité à l'un des deux parents de manière systématique, mais on donne priorité à celui qui permettra de réaliser l'intérêt de la garde et saura en repousser les méfaits. Et si l'un des deux parents présente une perversion, l'autre est prioritaire, sans aucun doute. » La vérité est que la garde est une responsabilité qui n'est accordée qu'à celui qui y convient le mieux, et cette aptitude consiste à s'occuper de tout ce qui touche à l'enfant. La Législation ne donne priorité à personne en raison de la parenté, mais elle donne priorité à celui qui en est le plus en droit, le plus capable, le plus apte. C'est ce que veulent signifier les savants, quelle que soit la manière dont ils l'expriment, et l'ordre qu'ils donnent.

Ceci dit, la mère est plus en droit de garder son enfant, en raison du hadith de 'Abd Allah Ibn 'Amr qui rapporte qu'une femme dit : « Ô Messager d'Allah ! Cet enfant, mon ventre l'a porté, mon sein l'a nourri et mon giron l'a protégé. Son père m'a répudiée et il veut me l'enlever. » Le Messager d'Allah (*salallahu 'alayhi wasalam*) lui dit : « *Tu es plus en droit de le garder tant que tu ne te remaries pas.* » [Abû Dâwud (2276)]

Enseignements du hadith :

1 – La mère est plus en droit que le père d'obtenir la garde de l'enfant, tant que celui-ci est dans le stade de la garde, et ce tant qu'elle ne se remarie pas, et cette règle fait l'unanimité parmi les savants.

2 – Si la mère se remarie et que le mariage est consommé, son droit de garde cesse, car elle est désormais occupée par son mari qui est plus en droit qu'elle se consacre à lui ; et cette règle fait l'unanimité parmi les savants. [Shaykh Ar-Râjihî dit : Ceci, si son nouvel époux n'accepte pas la garde, mais s'il l'accepte, le droit de garde de la mère perdure, ainsi qu'en a décidé le Prophète (*salallahu 'alayhi wasalam*) concernant la fille de Hamzah, en accordant la garde à sa tante maternelle, lorsque son mari Ja'fâr Ibn Abî Tâlib l'accepta et en demanda la garde].

3 – Shaykh Al-'Uthaymin dit : Cet exposé détaillé du législateur sage vise à préserver le droit de l'enfant et celui du nouvel époux. Avant le mariage, la mère se consacre à l'enfant et au fait d'agir dans son intérêt, son droit sur elle perdure donc. Mais après le mariage, elle négligera un des deux droits : soit celui de son époux, qui est le plus établi ; soit elle se consacre à son époux en négligeant l'enfant qui demande une attention constante.

4 – La priorité donnée à la mère sur le père dans la garde de l'enfant, tant qu'elle s'y consacre exclusivement, est d'une grande sagesse et d'un grand intérêt, car les connaissances de la mère, son expérience, et sa patience sur ses enfants sont des choses qu'on ne trouvera à ce point chez aucun des proches de l'enfant, au premier desquels, le père.

5 – As-Shawkânî a dit : « Le hadith est la preuve que la mère a plus de droit sur l'enfant que le père, tant qu'aucun obstacle ne vient s'y opposer, comme le mariage, et Ibn Al-Mundhir a rapporté l'unanimité des savants sur ce point. »

6 – Shaykh Al-'Uthaymin dit : La garde est conditionnée par le fait qu'elle réalise le but pour lequel elle existe qui est de protéger l'enfant de ce qui lui est nuisible et d'agir dans son intérêt. Ainsi, si celui à qui la garde est confiée néglige l'enfant, et ne se soucie pas de savoir s'il s'égare ou suit la voie droite, alors son droit de garde cesse.

7 – Shaykh Al-'Uthaymin dit : Si la mère se remarie, la garde revient au père, ceci tant que le transfert de garde n'est pas une cause de perte pour l'enfant, par exemple si le père le confie à une des anciennes coépouses de sa mère, et on connaît la jalousie entre épouses et l'inimitié à laquelle elle peut conduire, et en ce cas l'épouse du père n'agira pas dans l'intérêt de l'enfant. Dans cette situation, il n'est pas permis d'accorder la garde au père, même si la mère se remarie, mais la mère en est toujours plus en droit. Et si on craint que tous deux ne perdent l'enfant, la garde est confiée à des proches plus éloignés, car il n'est pas permis de confier l'enfant à celui qui ne le protègera pas et ne l'éduquera pas convenablement. Donc, si le fait de renvoyer l'enfant chez son père, après le remariage de sa mère, peut amener à sa perte et son manque d'éducation, la garde revient à la mère si elle peut s'acquitter des obligations de la garde, ou alors il est confié à d'autres.

8 – Al-Buhûtî a dit : « Celui qui renonce à son droit de garde, ce droit cesse par le fait qu'il s'en soit détourné, mais il peut le reprendre quand il le souhaite, car il se renouvelle avec le temps, de la même manière que les dépenses. »

(NdT : Lorsqu'on étudie le détail de la question à travers les propos des savants, on s'aperçoit donc que c'est l'intérêt de l'enfant qui est privilégié, et avant tout son intérêt religieux, comme nous le verrons plus tard. Ensuite, plus l'enfant est jeune, plus c'est la stabilité affective qui est privilégiée, ainsi Abû Bakr dit au père de l'enfant confié à sa mère : « Son parfum et son toucher sont meilleurs que le miel qu'il trouvera auprès de toi. » Ibn ᶜAbbâs dit : « Le parfum, le lit, et le giron de la mère sont meilleurs que le père pour l'enfant, jusqu'à ce qu'il grandisse et choisisse de lui-même. » Ensuite, il faut considérer là où se situe l'intérêt de l'enfant du point de vue de l'éducation, quel est celui de ses parents qui sera le plus à même de lui apporter ce qui lui sera profitable. Ainsi que l'a énoncé Shaykh Al-Islâm, il n'y a pas d'ordre préétabli s'appliquant en toute situation, une décision spécifique est donc rendue pour chaque cas, et en cas de désaccord, c'est au juge de statuer en fonction de l'intérêt de l'enfant.)

À l'âge du discernement, l'enfant a le choix, en raison du hadith de Abû Hurayrah qui rapporte : « Une femme dit : « Ô Messager d'Allah ! Mon mari veut emmener mon fils alors que celui-ci m'est utile et qu'il me puise de l'eau du puits d'Abû ᶜInabah. » Lorsque son mari vint, le Prophète (*salallahu 'alayhi wasalam*) dit : « *Ô mon enfant ! Voici ton père et voilà ta mère. Prends la main de celui avec lequel tu veux rester.* » L'enfant prit la main de sa mère, et elle partit avec lui. » [Abû Dâwud (2277)]

Enseignements du hadith :

1 – Shaykh Al-'Uthaymin dit : Lorsque l'enfant parvient à l'âge du discernement, il devient autonome en de nombreuses choses, et ainsi le droit de garde devient similaire entre la mère et le père. Donc, on lui donne le choix entre son père et sa mère, et celui vers lequel il se dirige le prendra. [Les savants ont divergé quant à l'âge auquel l'enfant parvient au discernement, certains ont été d'avis qu'il s'agissait de l'âge de sept ans, en raison du hadith : « *Ordonnez à vos enfants d'accomplir la prière à partir de l'âge de sept ans* » [Abû Dâwud (495)], alors que d'autres savants sont d'avis que ce sont les aptitudes qui doivent être prises en compte, ainsi l'enfant qui discerne les choses est considéré comme tel, même s'il a moins de sept ans, et la parole du Prophète (*salallahu 'alayhi wasalam*) ne désignerait en ce cas que ce qui est le plus courant. Concernant l'aptitude recherchée, elle consiste à ce que l'enfant comprenne la situation et ce qu'on lui dit et sache répondre].

2 – La volonté de l'enfant doué de raison de choisir l'un de ses parents est prise en compte, mais Ibn Al-Qayyim dit : « Le choix n'est donné que s'il comporte un intérêt pour l'enfant, ainsi si la mère préserve mieux l'enfant que le père, elle a priorité sur lui. On ne doit pas considérer le choix de l'enfant en ce cas, car il est faible d'esprit et préfère l'oisiveté et le jeu, et s'il choisit celui qui l'aidera en cela, il ne faut pas prendre en considération son choix, et il doit rester avec celui qui lui sera le plus utile, et c'est la seule chose que veut signifier la Législation. »

3 – Shaykh Al-'Uthaymin dit : Si l'enfant choisit un parent, cela implique-t-il qu'il s'écarte de l'autre ? Non, s'il choisit son père, il reste auprès de lui, mais ce dernier ne doit pas lui interdire de rendre visite à sa mère, sauf s'il craint que cela ne cause un préjudice à l'enfant, en quel cas il sait mieux ce qui convient. Et en l'absence de tout préjudice, il lui est obligatoire de lui permettre de rendre visite à sa mère.

4 – Shaykh Al-Fawzân dit : Si l'enfant ne veut pas choisir [et qu'ils sont tous deux autant dignes d'obtenir la garde], on tire au sort entre les deux parents, et celui qui est désigné obtiendra le droit de garde.

5 – La garde est accordée au parent résident, ainsi si le père réside dans un pays et la mère dans un autre, la garde est accordée au père, de crainte que la lignée de l'enfant ne se perde, en raison de son éloignement vis-à-vis de son père. Ibn Al-Qayyim dit : « Mais si le père veut porter un préjudice, ruse pour lever la garde de la mère, et voyage afin que l'enfant le suive, cette ruse s'oppose à ce qu'a visé le législateur, et ces formes de ruse ne sont pas permises pour séparer la mère de son enfant de manière à lui rendre difficile le fait de le voir, le rencontrer, et de patienter sur sa perte, et le Messager d'Allah (*salallahu 'alayhi wasalam*) a dit : « *Quiconque sépare une mère de son enfant [lors d'une vente d'esclaves], Allah le séparera de ceux qu'il aime au Jour de la Résurrection.* » [At-Tirmidhî (1283)] »

6 – Shaykh Al-ʿUthaymin dit : Le hadith concerne un garçon, mais qu'en est-il de fille ? C'est une question sur laquelle les savants ont divergé : certains ont dit qu'on lui donnait le choix au même titre que le garçon ; d'autres ont dit que le père la prenait, car on peut craindre qu'une jeune fille reste avec sa mère qui ne pourra pas la protéger si un homme violent l'agresse ; et d'autres encore ont dit qu'elle restait avec sa mère jusqu'à la puberté […] Ce qui est correct est qu'elle reste auprès de sa mère jusqu'à ce qu'elle se marie, sauf si on craint un préjudice, si la mère habite dans une maison qui n'est pas protégée et que les pervers qui escaladent les maisons y sont nombreux, en ce cas, la jeune fille doit être chez son père qui la protègera.

(NdT : C'est là un passage très important qui met encore en lumière la sagesse de la Loi d'Allah. L'intérêt de l'enfant est ce qui prime, mais il n'existe pas en islam (sauf cas exceptionnels et motivés) ce qui est malheureusement trop pratiqué de nos jours, de « garde exclusive » qui consiste à ce que la garde soit confiée à l'un des parents, alors que l'autre ne dispose que de « droits de visite » souvent limités à quelques jours dans le mois. C'est là une injustice faite à l'enfant et au parent lésé. Les jurisconsultes ont donné de nombreux exemples des modalités de la garde d'enfant, et bien souvent ils mentionnent que l'enfant passe la journée chez l'un et la nuit chez l'autre, par exemple dans le cas du jeune garçon qui doit faire son éducation ou apprendre un métier avec son père, ou inversement avec la petite fille. Quoi qu'il en soit, tout s'organise autour de l'intérêt de l'enfant, et la permission qui lui est accordée de jouir, quotidiennement ou très régulièrement, de ses deux parents.)

Concernant la garde de la mécréante ou de la débauchée, Râfiᶜ Ibn Sinân rapporte « *qu'il a embrassé l'islam alors que sa femme refusa. Le Prophète* (*salallahu 'alayhi wasalam*) *fit asseoir la mère d'un côté, le père de l'autre, et il plaça l'enfant au milieu. Celui-ci pencha vers sa mère. Alors le Messager d'Allah* (*salallahu 'alayhi wasalam*) *dit : « Ô Allah ! Guide-le. » L'enfant pencha alors vers son père qui l'emmena avec lui.* » [Abû Dâwud (2244)]

Enseignements du hadith :

1 – Shaykh Al-ʿUthaymin dit : L'enfant ne doit pas être laissé au parent mécréant, même si l'enfant le choisit, car cet enfant a penché vers sa mère mécréante, mais le Prophète (*salallahu 'alayhi wasalam*) a invoqué afin qu'Allah le guide, et il a finalement penché vers son père. Si on objecte que le Prophète (*salallahu 'alayhi wasalam*) n'a pas interdit à l'enfant de pencher vers sa mère, mais qu'il a uniquement invoqué Allah, on peut répondre que l'invocation du Prophète (*salallahu 'alayhi wasalam*) est exaucée et qu'elle tient lieu d'interdiction. Ainsi, si le cas se présente aujourd'hui devant le juge, devons-nous simplement invoquer pour l'enfant ou l'empêcher de pencher vers le parent mécréant ? Nous devons l'en empêcher, car l'invocation du Prophète (*salallahu 'alayhi wasalam*) est exaucée, et elle indique que le choix de l'enfant pour sa mère mécréante n'était pas la guidée mais l'égarement et le fourvoiement.

2 – Le but de la garde est d'éduquer l'enfant et le protéger de tout ce qui peut lui nuire, et la plus grande forme d'éducation consiste à préserver sa religion, et la plus grande protection consiste à l'éloigner de la mécréance. Si la garde est confiée au mécréant, il l'éprouvera dans sa religion, le sortira de l'islam en lui enseignant la mécréance et en l'éduquant sur cela. C'est là le plus grand préjudice, car la garde de l'enfant n'est établie que pour préserver l'enfant, et aucunement d'une manière qui causera sa perte, et celle de sa religion.

3 – Le responsable doit être musulman si celui dont il assume la garde est musulman, mais si ce dernier est mécréant, et que son père est mécréant, nous ne nous opposons pas à son choix, en raison de la parole du Prophète (*salallahu 'alayhi wasalam*) : « *Et ce sont ses parents qui en font un juif, un chrétien ou un mazdéen* » [Al-Bukhârî (4775) et Muslim (2658)] Le mécréant a donc autorité sur ses enfants mécréants, garçons ou filles, mais pas sur l'enfant musulman.

(NdT : Nous l'avons-vu plus tôt, c'est avant tout la religion de l'enfant qui doit être préservée. C'est une chose que les parents doivent clairement mettre au centre de leur réflexion, au-delà des querelles, de la rancœur, de l'attachement à l'enfant ; car on parle ici du Paradis ou de l'Enfer, de l'islam ou de la mécréance, de la droiture ou de la perversité, et celui qui aime réellement son enfant veut pour lui ce qui est de meilleur, même si cela lui est difficile. Lorsque les années auront passé, quel bien, le parent qui a gardé l'enfant au détriment de son intérêt religieux, tirera-t-il d'un enfant qui se sera égaré et sera peut-être pour lui source de calamités et malheurs ? Et que dira-t-il lorsqu'Allah l'interrogera sur sa responsabilité ? A l'inverse, quelle joie plus grande que de voir son choix et sa patience récompensée, son enfant devenu grand, suivre la voie droite, faire preuve de piété et de bonté envers ses deux parents ? La garde de l'enfant est une responsabilité, un dépôt, et comme toute responsabilité, elle ne doit être recherchée que si on sait qu'on s'en montrera digne et capable.)

Reste de nombreuses autres questions annexes, et néanmoins importantes, que nous ne pouvons aborder ici par souci de concision, mais nous voudrions conclure par un point très important qui est : quelle soit la situation, et quel que soit le parent auquel la garde est attribuée, c'est sur le père que repose l'obligation de pourvoir aux besoins de l'enfant, c'est lui qui doit s'acquitter des dépenses nécessaires à son éducation et son développement. Ainsi, le Prophète (*salallahu 'alayhi wasalam*) « *Commence par ceux qui sont à ta charge* » [*Al-Irwâ'* (834)] ; et il dit également : « *Suffit pour péché d'abandonner celui dont on a la charge.* » [*Al-Irwâ'* (894)] La question des moyens financiers, même si elle est prise en compte, n'est donc pas l'élément principal dans le choix du parent, et le père ne peut pas non plus se substituer à cette obligation et faire selon son bon vouloir, car c'est le droit de l'enfant sur lui.

Wallahu 'alam.

Source : *Commentaire de Bulûgh Al-Marâm*

Traduit et publié par les Salafis de l’Est

